

DENÚNCIA N. 911916

Denunciante: Vanderleia Silva Melo
Denunciado: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Pirapora
Exercício: 2014
Responsáveis: Esmeraldo Pereira Santos, Adna Martins Timóteo, Alessandra Barbosa Rocha Veloso e Gizelma Maria de Alencar Coelho
Procuradores: Frank Weslen Lopes, OAB/MG nº 122.336; José Waldivino dos Reis, OAB/MG nº 111.727
MPTC: Sara Meinberg
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO. PRELIMINAR PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MÉRITO. VEDAÇÃO INJUSTIFICADA À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. EXIGÊNCIA DE PRAZO MÁXIMO DE FABRICAÇÃO NO MOMENTO DA ENTREGA. POSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO NACIONAL. AUSÊNCIA DE TERMO DE REFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHAS. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA.

1. Compete ao pregoeiro conduzir o certame em busca da proposta que se mostre mais vantajosa para a Administração. Por seu turno, a equipe de apoio é coordenada e dirigida pelo pregoeiro, tendo a função de lhe prestar apoio, não possuindo atribuições de julgamento ou deliberação, sendo tais atos de responsabilidade exclusiva do pregoeiro. Dessa forma, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva das agentes que não atuaram no certame de maneira decisiva, devendo o processo, quanto a elas, ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 176, inciso III, do Regimento Interno.

2. A exigência de que os produtos licitados sejam de fabricação nacional contraria o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, contaminando o ato convocatório e ofendendo os princípios da legalidade, da isonomia e da ampla competitividade, o que enseja a aplicação de multa aos responsáveis.

3. A exigência de prazo máximo de fabricação, no momento da entrega dos produtos, deve ser analisada em função do objeto contratado. No caso de pneus, tal exigência não é restritiva à competitividade, uma vez que os produtos licitados são ordinários e não precisam de maiores procedimentos burocráticos para serem entregues e nem tampouco para o desembaraço aduaneiro. Desse modo, a exigência editalícia tem o escopo de evitar que a empresa vencedora forneça produtos com data de fabricação próxima ao término de sua validade, o que se coaduna com o interesse público, finalidade máxima que sempre deve ser pretendida pela Administração Pública. Assim, não há mácula no edital no que diz respeito ao prazo de fabricação máximo de 06 (seis) meses, no momento de entrega dos produtos.

4. O termo de referência é o documento que substitui o projeto básico nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, constituindo elemento de suma importância que descreve minuciosamente todos os elementos necessários para a formalização da contratação. A ausência de termo de referência anexo ao edital afronta o disposto no inciso I do § 10º do art. 7º do Decreto Estadual nº 44.786/08 e enseja a aplicação de multa.

5. O objetivo da pesquisa de mercado é garantir que o Poder Público não pagará preço superior ao usualmente praticado e, para tanto, não pode prescindir de elementos essenciais como a consulta a mais de um fornecedor e a cotação de todos os itens da planilha. Diante da impossibilidade de comparação de preços por diferentes fornecedores, a pesquisa de preço que considera o valor de apenas uma empresa não pode ser considerada como um indicador válido de preço de mercado. A pesquisa de preço deficiente e a ausência de orçamento estimado em planilhas configuram irregularidade e ensejam a aplicação de multa aos responsáveis.

6. A vedação injustificada à participação de empresas organizadas por meio de consórcios não configura irregularidade, uma vez que o art. 33 da Lei nº 8.666/93 estabelece que a justificativa apenas deve ser apresentada quando da autorização da participação de empresas consorciadas.

Primeira Câmara
29ª Sessão Ordinária – 20/09/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia oferecida por Vanderleia Silva Melo em face de possíveis irregularidades contidas no edital do Pregão Presencial nº 02/2014 – Procedimento Licitatório nº 04/2014, deflagrado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Pirapora com vistas à aquisição de pneus para a frota de veículos da Autarquia.

A denunciante alegou, às fls. 01/19, que o ato convocatório restringiu a competição por exigir que os produtos licitados fossem de fabricação nacional e tivessem menos de seis meses de fabricação na data da entrega.

A inicial veio instruída com a documentação de fls. 20/90 e foi recebida por despacho do então Conselheiro-Presidente, de 28/01/14.

A Unidade Técnica concluiu que o edital estava eivado pelas seguintes irregularidades (fls. 95/105):

- a) exigência de pneus de fabricação nacional;
- b) exigência de que os pneus tivessem menos de 06 (seis) meses de fabricação;
- c) ausência de definição do prazo de entrega das mercadorias;
- d) ausência do Termo de Referência como anexo do edital;
- e) ausência de planilha de preços unitários e do valor estimado da contratação.

O Ministério Público de Contas aditou a denúncia, considerando irregular, também, a previsão contida no item 5.2 “d” do edital, que vedava a participação de consórcio de empresas (fls. 107/111).

Foram citados o Senhor Esmeraldo Pereira Santos, Diretor do SAAE, e as Senhoras Adna Martins Timóteo, Alessandra Barbosa Rocha Veloso e Gizelma Maria de Alencar Coelho, pregoeiras oficiais da entidade, os quais apresentaram defesa conjunta de fls. 123/143.

Após análise da defesa, o Órgão Técnico concluiu pela manutenção das irregularidades listadas nos itens *a, b, d e e* (fls. 326/332).

O Ministério Público de Contas opinou pela procedência parcial da denúncia e pela aplicação de multa aos responsáveis (fls. 335/341v).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar Processual – Ilegitimidade passiva

Inicialmente, verifica-se que foi determinada, à fl. 111, a citação do Senhor Esmeraldo Pereira Santos, Diretor do SAAE e subscritor do edital, bem como das Senhoras Adna Martins Timóteo, Alessandra Barbosa Rocha Veloso e Gizelma Maria de Alencar Coelho, por constarem como pregoeiras oficiais da Autarquia, conforme relacionado à fl. 84.

Na defesa de fls. 123/143, foi alegado, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da Senhora Alessandra Barbosa Rocha Veloso, que se encontrava em gozo de férias no período em que fora realizado o Pregão nº 02/2014, razão pela qual ela não teria responsabilidade sobre o procedimento.

Alegou-se, do mesmo modo, a ilegitimidade passiva da Senhora Gizelma Maria Alencar Coelho, sob o argumento de que ela teria atuado apenas na equipe de apoio no pregão em exame, sendo que a função de pregoeira oficial coube isoladamente à Senhora Adna Martins Timóteo.

Com efeito, de acordo com o documento acostado à fl. 149, verifica-se que a Senhora Alessandra Barbosa Rocha Veloso encontrava-se de férias no período de 06/01/14 a 04/02/14. Contata-se, também, que a autorização para abertura de processo de compra data de 13/01/14, (fl. 169) e que o pregão foi homologado em 29/01/14 (fl. 319), restando claro que todo o procedimento licitatório desenrolou-se na ausência da Senhora Alessandra. Desse modo, não há que se imputar qualquer responsabilidade à gestora, tendo em vista que ela não atuou no Pregão nº 02/14, objeto dos presentes autos.

Verifica-se que são procedentes os argumentos da defesa, também, no que se refere à participação da Senhora Gizelma Maria Alencar Coelho no certame, uma vez que sua atuação se deu apenas como membro da equipe de apoio, conforme demonstram os documentos que instruem os autos, notadamente a ata de fls. 314/315.

Compete ao pregoeiro conduzir o certame em busca da proposta que se mostre mais vantajosa para a Administração, credenciando os interessados; recebendo e abrindo os envelopes das propostas de preços; examinando as propostas e classificando os participantes; conduzindo os procedimentos relativos aos lances e à escolha da melhor proposta; elaborando a ata; recebendo e decidindo eventuais recursos e encaminhando, após a adjudicação, o processo à autoridade superior para homologação.

Por seu turno, a equipe de apoio é coordenada e dirigida pelo pregoeiro, tendo a função de lhe prestar apoio. Nesse contexto, a equipe de apoio não possui atribuições de julgamento ou deliberação, sendo tais atos de responsabilidade exclusiva do pregoeiro.

Dessa forma, reconheço a ilegitimidade passiva das Senhoras Alessandra Barbosa Rocha Veloso e Gizelma Maria Alencar Coelho, devendo o processo, quanto a elas, ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 176, inciso III, do Regimento Interno.

Mérito

A) Da exigência de que os pneus fossem de fabricação nacional

Alega a denunciante, fls. 01/19, que o edital de licitação seria restritivo, por exigir que os pneus ofertados fossem de fabricação nacional, em ofensa ao art. 3º da Lei de Licitações e ao inciso II do art. 3º da Lei nº 10.520/02.

O Órgão Técnico, em sua manifestação de fls. 95/105, considerou irregular a exigência, ao argumento de que tal obrigatoriedade ofenderia os princípios da legalidade e da isonomia.

O Ministério Público de Contas concordou com a análise da Unidade Técnica (fl. 108).

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesa de fls. 123/143, na qual argumentam que a Lei de Licitações data do início da década de 90, sendo que, desde então, o Brasil vem sofrendo com uma enxurrada de produtos estrangeiros de péssima qualidade. Asseveram que a correta leitura do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, e sua interpretação conforme a Constituição Federal, não pode encerrar posição absoluta no sentido de que estaria vedada a realização de licitação que utilize a referência de produção nacional como indicativo de qualidade e utilidade.

Afirmam os defendentes que inexistente no edital a vedação expressa de participação de empresa estrangeira ou que comercialize produto importado, argumentando que “uma coisa é exigir que os produtos a ser fornecidos sejam exclusivamente de fabricação nacional, vedando expressamente a participação de estrangeiros e importadores, bem diverso de mencionar a fabricação nacional meramente como indicativo de qualidade e utilidade como ocorreu no caso concreto nesse Pregão 02/2014 ora discutido, dada a flagrante e maciça ocorrência de defeitos e baixa qualidade de diversas marcas de pneus, percebida com maior frequência nos importados, o que coloca em risco a integridade física de bens e pessoas”.

Por fim, alegaram ausência de má-fé, dolo ou dano ao erário, razão pela qual, caso a exigência viesse a ser considerada irregular, seria devida apenas a expedição de advertência para futuras contratações.

Em sede de reexame, a Unidade Técnica concluiu que as justificativas apresentadas não foram suficientes para sanar a irregularidade apontada, mantendo o posicionamento exarado em seu parecer preliminar (fls. 326/332).

O Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo de fls. 335/341v, acompanhou o apontamento técnico e opinou pela irregularidade da exigência de que os pneus fossem de fabricação nacional.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, diferentemente do que alegaram os defendentes, o edital exigia, expressamente, que os produtos licitados fossem de fabricação nacional, conforme se infere da “observação” constante no Anexo I do instrumento convocatório, que assim dispunha (fl. 85):

Observações: **Os pneus deverão ser de fabricação nacional** e ter menos de 06 (seis) meses, conforme INMETRO, Portaria nº 482, de 07 de dezembro de 2010 e Redação dada pela Portaria INMETRO/MDIC nº 267 de 21/06/2011. (grifo nosso)

A exigência de que os produtos licitados sejam de fabricação nacional restringe o número de participantes no certame, o que afronta os princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93,

em especial o da isonomia e, por conseguinte, o da competitividade, essenciais para que a Administração Pública selecione a proposta mais vantajosa.

Além disso, configura distinção de tratamento baseada na origem do licitante, estabelecendo preferências em razão da localização de sua sede, o que é expressamente vedado nos termos do inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Nesse cenário, cumpre reproduzir a orientação contida na cartilha, produzida pelo Tribunal, intitulada “Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – PNEUS”, a qual dispõe, *in verbis*:

Em razão da observância do Princípio da Isonomia, não é possível haver discriminação entre produtos estrangeiros e produtos nacionais, notadamente quanto à naturalidade geográfica da fabricação dos produtos, salvo no caso de desempate, nos termos do §2º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93:

(...)

As cláusulas inseridas no instrumento convocatório que, indiretamente, prejudicarem o caráter competitivo da licitação serão tidas como inválidas, o que desafiará a suspensão do certame.

No que tange à argumentação da defesa, referente à preocupação com a qualidade do material a ser oferecido pela futura contratada, importa considerar que a Administração Pública dispõe de meios legais para estabelecer critérios objetivos de qualidade, os quais deverão ser cumpridos pela contratada, visando evitar a compra de produtos de baixa qualidade, ou que coloquem em risco a saúde e a segurança da população. A imposição editalícia de que os pneus fossem de fabricação nacional, além de cercear indevidamente a competitividade, não é suficiente para garantir a qualidade do material.

Quanto ao argumento de ausência de má-fé, dolo ou dano ao erário por parte dos gestores, não cabe razão aos defendentes. Isso porque a gestão adequada dos recursos públicos pressupõe a fiel observância dos preceitos legais, cujo descumprimento, por si só, justifica a imposição de sanção.

O administrador público tem a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito que regem sua atuação, estando submetido aos princípios constitucionais insculpidos no *caput* do art. 37 da CR/88, dentre os quais destaco o princípio da legalidade, segundo o qual o agente público somente pode agir de acordo e nos limites da lei.

O descumprimento da lei pressupõe, no mínimo, a atuação culposa do agente público, o que é suficiente para justificar a aplicação de sanção, não sendo necessário comprovar que houve dolo, má-fé ou prejuízo ao erário.

Dessa forma, a exigência de que os pneus que seriam fornecidos pela licitante vencedora da licitação fossem de fabricação nacional contraria o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, contaminando o ato convocatório e ofendendo os princípios da legalidade, da isonomia e da ampla competitividade, o que enseja a aplicação de multa aos responsáveis.

B) Da exigência de que os pneus tivessem menos de 06 (seis) meses de fabricação

A denunciante alegou que o edital é restritivo, pois exige que os produtos possuam no máximo 06 (seis) meses de fabricação, conforme o disposto no Anexo I.

O Órgão Técnico concluiu que a exigência é irregular, por configurar indevida restrição à ampla participação, no que foi acompanhada pelo Ministério Público de Contas (fls. 95/105 e 107/110, respectivamente).

Na defesa de fls. 123/143, os responsáveis alegaram que o prazo de garantia normalmente não se liga à data de fabricação, mas ao prazo de vencimento da garantia. Considerou que os pneus têm garantia de 05 (cinco) anos, “mas desde que estejam rodando”, sendo “de conhecimento geral que, em estoque, esse prazo de garantia cai vertiginosamente” (fls. 123/143).

Após analisar os argumentos da defesa, a Unidade Técnica concluiu pela manutenção da irregularidade (fls. 326/332).

Na mesma linha, o *Parquet* de Contas considerou irregular a exigência em exame (fls. 335/341v).

A exigência de prazo máximo de fabricação, no momento da entrega dos produtos, deve ser analisada em função do objeto contratado. No caso de pneus, entendo que tal exigência não é restritiva à competitividade, uma vez que os produtos licitados são ordinários e não precisam de maiores procedimentos burocráticos para serem entregues e nem tampouco para o desembaraço aduaneiro, sendo perfeitamente possível, nesses casos, a participação de empresas que comercializam produtos importados, uma vez que, conforme alegado pela própria denunciante, os bens importados levam cerca de 04 (quatro) meses para serem desembaraçados na Receita Federal.

Destaca-se que, quando do julgamento do Agravo nº 880040, na sessão do Tribunal Pleno de 22/08/12, tive a oportunidade de me manifestar nesse sentido, *in verbis*:

Sra. Presidente, no que diz respeito à exigência do prazo de seis meses da data de fabricação, vou pedir vênua ao Conselheiro Relator para, exatamente pelas razões trazidas pela ilustre advogada, entender que é razoável, sim.

Esses prazos precisam ser analisados em função do objeto do contrato. Medicamentos, por exemplo, alguns deles têm prazos de vencimento muito curtos. Então, é razoável, por exemplo, exigir-se que, entre a data de fabricação de medicamentos e seu fornecimento, haja um prazo curtíssimo para que não pereça o objeto contratado.

E o prazo exigido para entrega do pneu, parece-me razoável porque não restringe, como bem trouxe a causídica, a importação. Não me parece que realmente seja uma causa impeditiva da participação de produtos estrangeiros.

Mas são duas causas, nesse caso, que impuseram a medida cautelar, e uma delas faz referência a pneus novos “de primeira linha”. E, aí, vou concordar com o Relator, essa expressão “de primeira linha” é uma expressão muito imprecisa, e, em função deste ponto, nego provimento ao agravo.

Ademais, os fabricantes de pneus garantem, em média, prazo de validade de 05 (cinco) anos para os seus produtos. Desse modo, a exigência editalícia tem o escopo de evitar que a empresa vencedora forneça produtos com data de fabricação próxima ao término de sua validade, o que se coaduna com o interesse público, finalidade máxima que sempre deve ser pretendida pela Administração Pública.

Assim, não vejo mácula no edital no que diz respeito ao prazo de fabricação máximo de 06 (seis) meses, no momento de entrega dos produtos.

C) Da ausência de definição do prazo de entrega dos pneus

A Unidade Técnica apontou como irregular a ausência de condições/exigências/orientações quanto ao prazo de entrega e cronograma de fornecimento dos produtos, tendo sido acompanhada pelo Ministério Público de Contas (fls. 100/101 e 108, respectivamente).

Os responsáveis refutaram o apontamento, asseverando que “a cláusula 9.6 do edital estipulou sim o prazo de entrega da mercadoria como sendo de 15 dias, sendo que, da forma como entabulado, fica nítido e sem margens para dúvidas que o licitante vencedor teria que entregar a mercadoria de forma imediata, mas não com prazo superior a quinze dias”.

O Órgão Técnico e o Ministério Público deram razão aos defendentes, retificando o apontamento pela irregularidade (fl. 328v e 337).

Com efeito, a cláusula 9.6 do instrumento convocatório (fl. 76) estabelece que o material licitado “deverá ser entregue de imediato a 15 dias, após nota de empenho, devidamente assinada, emitida pela Autarquia, contendo o material necessário e a quantidade a ser entregue”.

Desse modo, restou cumprido o disposto no inciso II do art. 40 da Lei nº 8.666/93, razão pela qual não há que se falar em irregularidade.

D) Da ausência do Termo de Referência anexo ao ato convocatório

A Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas consideraram irregular a inexistência do termo de referência como anexo do edital (fls. 103 e 108).

Os responsáveis, em sede de defesa, aduziram que o Anexo I do edital, além de funcionar como modelo de proposta comercial, funcionou, também, como termo de referência, na medida em que permitiu a descrição minuciosa do objeto com as especificações necessárias à correta e perfeita elaboração da proposta de preços pelos licitantes, garantindo, assim, o atendimento das necessidades públicas (fls. 137/138).

A Unidade Técnica analisou a defesa e concluiu que o modelo de proposta comercial, sugerido no Anexo I do edital, não supre a falta de termo de referência (fls. 328v/329).

Em seu parecer conclusivo, o Ministério Público de Contas ratificou sua manifestação preliminar, opinando pela irregularidade da ausência de termo de referência como anexo do edital (fls. 337).

Analisando o Anexo I do edital (fl. 209), tido pela defesa como termo de referência do Pregão nº 02/2014, constata-se que o documento não contempla todas as características necessárias para delinear, de forma pormenorizada, o objeto da licitação. Isso porque o Anexo I é o modelo de proposta comercial e conta, tão somente, com a descrição e a quantidade do material pretendido pela Administração.

O termo de referência é o documento que substitui o projeto básico nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, constituindo elemento de suma importância que descreve minuciosamente todos os elementos necessários para a formalização da contratação. A esse respeito, ensina Marçal Justen Filho:

O dito “termo de referência” consiste na formalização documental das avaliações da Administração acerca disso tudo. Nele se evidenciarão as projeções administrativas acerca da futura contratação, de molde a assegurar que a Administração disponha de

todas as informações necessárias a determinar a necessidade, a viabilidade e a conveniência da contratação.¹

O termo de referência deve conter, nos termos da legislação mineira aplicável à matéria (Decreto nº 44.786/08 – art. 4º, XX), todos os elementos necessários e suficientes (i) à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária, (ii) ao julgamento e classificação das propostas, (iii) à definição da estratégia de suprimento, (iv) à definição dos métodos de fornecimento ou de execução do serviço e (v) à definição do prazo de execução do contrato.

A necessidade de fazer constar o termo de referência como um anexo dos editais de licitação deflagrados com vistas à aquisição de pneus está consolidada no âmbito desta Corte, encontrando-se essa orientação expressa na cartilha intitulada “Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – PNEUS”:

O Termo de Referência, específico para a modalidade de pregão, ainda que pelo Sistema de Registro de Preços, é um instrumento de gestão estratégica, sendo, portanto, indispensável. Representa uma projeção detalhada da futura contratação, onde são abordadas questões como: a definição do objeto de forma detalhada, clara e precisa; as etapas; os prazos; o valor estimado da contratação quanto ao custo unitário e global; a modalidade da licitação; a metodologia a ser observada (envolve tanto o tipo de insumos utilizados quanto o manuseio destes insumos); os critérios de avaliação de qualidade do produto; forma de apresentação do produto; critérios para avaliação da habilitação dos proponentes, além de outras questões. Em razão disto, o Termo de Referência é utilizado como um anexo ao edital de licitação.

A ausência de termo de referência anexo ao edital constitui, portanto, irregularidade, que afronta o disposto no inciso II do art. 8º do Decreto Federal nº 3.555/00 e o inciso I do § 10º do art. 7º do Decreto Estadual nº 44.786/08, que estabelecem o termo de referência como anexo necessário do ato convocatório do pregão.

Considero, assim, irregular o item em análise, o que enseja a imputação de multa aos responsáveis.

E) Da ausência do orçamento estimado em planilhas e da pesquisa de preços insuficiente

A Unidade Técnica apontou como irregular a ausência do orçamento estimado em planilhas de preços unitários e do valor estimado da contratação (fls. 430/434), aduzindo que “cabe à Administração Pública, antes da realização do certame, a elaboração de uma planilha de preços unitários, com base na pesquisa de mercado (ou cotação de preços) junto aos fornecedores que atuam no mercado, de forma a definir com precisão e clareza o objeto a ser licitado”.

O Órgão Ministerial acompanhou o parecer técnico (fl. 108).

Os responsáveis, em sua defesa, alegaram que a irregularidade deve ser afastada, uma vez que fora realizada ampla pesquisa de preços no mercado, conforme demonstram as planilhas de fls. 160/163. Asseveraram que apesar de não estarem anexas ao edital, essas planilhas

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 3ed. São Paulo: Dialética.2004. p. 70.

estavam à disposição de qualquer interessado para consulta e que a Lei nº 10.520 não contém previsão expressa que exija a juntada dessas planilhas ao ato convocatório (fls. 138/142).

Após análise das razões da defesa, o Órgão Técnico manteve seu posicionamento pela irregularidade (fls. 329/329v).

O Ministério Público de Contas mudou o entendimento exarado em seu parecer preliminar e afastou a irregularidade no que se refere à ausência de planilha de custos unitários como anexo do edital. Contudo, entendeu que a pesquisa de mercado apresentada não seria suficiente, opinando pela expedição de recomendação aos gestores, sem imposição de sanção por entender que o assunto não fora objeto de contraditório (fls. 339/340).

Primeiramente, importa esclarecer que a irregularidade apontada pela Unidade Técnica não foi apenas a questão da obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado em planilha como anexo do edital, mas sim a ausência de planilha de preços unitários e do valor estimado da contratação. Assim, discordo do *Parquet* no que se refere à ausência de contraditório quanto a não realização de pesquisa mercadológica. Para que não reste dúvidas, mostra-se válido transcrever a irregularidade apontada no parecer técnico, à fl. 103:

Não consta no Edital, as fls. 70/90, informação de que tenha sido feita uma **pesquisa de mercado** e tampouco a planilha de preços unitários e do valor estimado da contratação. (grifo nosso)

A questão da obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, como anexo do edital, sempre foi objeto de divergência na doutrina e na jurisprudência. Todavia, diante do atual entendimento desta Corte de Contas, que, acompanhando o posicionamento do TCU exarado no Acórdão nº 114/2007-P, passou a considerar que a anexação do orçamento ao edital não seria obrigatória na modalidade pregão, deixei de considerar ilegal a ausência de anexação ao edital do orçamento estimado em planilhas de preços unitários, desde que restasse demonstrada a ampla cotação do preço unitário dos produtos licitados na fase interna do procedimento licitatório.

Conforme previsto no art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93, é indispensável que se faça, na fase interna da licitação, cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado.

O inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520/02 estabelece que o orçamento deve constar na fase interna do pregão. Na mesma linha, a alínea “a” do inciso III do art. 8º do Decreto Federal nº 3.555/00 determina que o objeto do certame e seu valor sejam estimados em planilhas de forma clara, concisa e objetiva. No âmbito estadual, o Decreto nº 44.786/08, em seu art. 6º, I, “e”, prevê que a fase preparatória do pregão será instruída, dentre outras coisas, com especificações dos “preços unitário e global estimados para cada item, mesmo quando se tratar de julgamento pelo valor global do lote, como referência para o julgamento do pregoeiro.”

A análise da matéria compreende, portanto, não a mera verificação de que a planilha de quantitativos e custos unitários estivesse divulgada como anexo do edital, e sim se a Administração realizou efetiva pesquisa de mercado e, baseada nela, elaborou tal planilha.

Ressalta-se que a norma legal não define como deve ser realizada a cotação de preços do objeto a ser contratado, cabendo à doutrina e à jurisprudência a indicação das formas pelas quais será feita a pesquisa desses valores.

A forma amplamente conhecida e tradicional na doutrina para a pesquisa de preços sempre consistiu na cotação de três orçamentos perante os fornecedores, realizada na fase interna da licitação.

Nesse cenário, verifica-se que na documentação constante na fase interna do certame, intitulada “mapa de apuração das cotações de pesquisa de mercado”, acostada às fls. 160/163, a Administração realizou pesquisa com três empresas. Contudo, os itens 1, 2, 3, 8, 12, 13, 14 e 15 foram cotados com apenas uma empresa e os itens 7, 9, 10 e 11 foram cotados com duas. Apenas os itens 4 e 6 tiveram os preços apurados junto às três empresas. Constatou-se, assim, que de 15 itens licitados, 8 deles (mais da metade) foram cotados com apenas uma empresa.

O objetivo da pesquisa de mercado é garantir que o Poder Público não pague preço superior ao usualmente praticado e, para tanto, não pode prescindir de elementos essenciais como a consulta a mais de um fornecedor e a cotação de todos os itens da planilha. Diante da impossibilidade de comparação de preços por diferentes fornecedores, a pesquisa de preço que considera o valor de apenas uma empresa não pode ser considerada como um indicador válido de preço de mercado. Nesse sentido são as lições de Joel de Menezes Niebuhr, *in verbis*:

O orçamento daquilo que se está licitando é ato fundamental para a condução de todo processo, especialmente para proceder ao controle dos preços propostos à Administração, se excessivos ou inexequíveis. Sem o orçamento, sem saber o quanto custa o que se está licitando, a Administração não dispõe de elementos para realizar tais controles, e, por consequência, passa a aceitar quaisquer tipos de valores, em detrimento ao interesse público.²

Desse modo, uma vez que não restou demonstrada a ampla cotação do preço unitário dos produtos licitados na fase interna do procedimento licitatório, de modo a sanar a ausência de planilha de custos unitários como anexo do edital, considero irregular o item, o que enseja a imputação de multa aos responsáveis.

F) Vedação à participação de empresas em consórcio

O Órgão Ministerial explicitou, em seu relatório preliminar, o item 5.2 “d” do edital, o qual veda a participação de empresas em consórcio, entendendo que tal fato deveria ser justificado, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.666/93 (fls. 108/110).

A defesa não se manifestou sobre o assunto.

A Unidade Técnica, em sede de reexame, entendeu que a previsão da participação de empresas em consórcios está no âmbito do poder discricionário da Administração, mas considerando o princípio da motivação, recomendou que os responsáveis motivassem eventual vedação nos procedimentos licitatórios futuros (fls. 329v/332).

O *Parquet* de Contas, no parecer conclusivo de fls. 335/341v, entendeu que, dada a ausência de complexidade técnica do objeto, a permissão de participação de empresas reunidas em consórcio não ampliaria a concorrência, no caso em concreto. Assim, acompanhou o entendimento técnico e opinou pela expedição de recomendação aos responsáveis para que, em futuras licitações, apresentem justificativa para eventual vedação à participação de empresa reunida em consórcio.

Sobre o tema, esclareço que, embora tenha adotado, no passado, o entendimento de que a vedação à participação de empresas organizadas sob a forma de consórcios em procedimentos

² NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Zênite, 2005. Pág.: 130.

licitatórios devesse ser justificada, as ponderações trazidas pelo Conselheiro Hamilton Coelho nos autos do Processo nº 912078, fizeram-me rever meu posicionamento.

É que a leitura do disposto no art. 33 da Lei nº 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas, *in verbis*:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)

O Conselheiro Hamilton Coelho nos autos do Processo nº 912078, levado a julgamento na sessão de 17/05/16, apresentou manifestação no seguinte sentido:

O emprego, pelo legislador, da locução “quando permitida” evidencia que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

É dizer: se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

Não bastasse a inequívoca letra da lei, decorre do próprio senso comum que a formação de consórcios de empresas só tem sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos.

Diante disso, por considerar não ter havido grave infração a norma legal ou regulamentar, afasto o apontamento.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia e irregulares os seguintes procedimentos adotados pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Pirapora no Pregão Presencial nº 02/14:

- a) exigência que os pneus sejam de fabricação nacional;
- b) ausência do Termo de Referência anexo ao ato convocatório;
- c) ausência de orçamento estimado em planilhas e pesquisa de preços insuficiente.

Com fulcro no disposto no art. 85, II, da Lei Orgânica, aplico multa individual no valor total de R\$3.000,00 (três mil reais) ao Senhor Esmeraldo Pereira Santos, diretor do SAAE, e à Senhora Adna Martins Timóteo, pregoeira oficial, sendo R\$1.000,00 (mil reais) por irregularidade, nos termos da fundamentação.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** reconhecer, na preliminar, a ilegitimidade passiva das Senhoras Alessandra Barbosa Rocha Veloso e Gilzema Maria Alencar Coelho, devendo o processo, quanto a elas, ser extinto sem resolução do mérito; **II)** no mérito, julgar parcialmente procedente a denúncia e, conseqüentemente, julgar irregulares os seguintes procedimentos adotados pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Pirapora no Pregão Presencial nº 02/14: **a)** a exigência que os pneus fossem de fabricação nacional; **b)** a ausência do Termo de Referência anexo ao ato convocatório; **c)** a ausência de orçamento estimado em

planilhas e a pesquisa de preços insuficiente; **III**) aplicar multa individual de R\$3.000,00 (três mil reais) ao Senhor Esmeraldo Pereira Santos, diretor do SAAE, e à Senhora Adna Martins Timóteo, pregoeira oficial, sendo R\$ 1.000,00 (mil reais) por irregularidade, com fulcro no art. 85, II, da Lei Orgânica; **IV**) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, a Conselheira Adriene Andrade e o Conselheiro Mauri Torres.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de setembro de 2016.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente e Relator

(assinado eletronicamente)

jc/ahw

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/___, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/___.

**Coord. Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência**

